

## Todo preso preventivo absuelto merece indemnización

(La STC 8/2017, referente de una reinterpretación del artículo 294 LOPJ)

**Luís RODRÍGUEZ RAMOS**

Catedrático de D.º Penal y Abogado

Diario La Ley, Nº 8949, Sección Tribuna, 27 de Marzo de 2017, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada  
Jurisprudencia comentada  
Comentarios

### I. LA DEFICIENTE COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ

La insatisfactoria regulación legal e interpretación jurisprudencial del art. 121 CE (LA LEY 2500/1978), que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado Juez en supuestos de «error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», ha sido repetidamente denunciada por la doctrina (1) , ambiente en el que se ubica la reciente STC 8/2017 de 19 de enero (LA LEY 183/2017) (2) .

El actual panorama legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado, en el ámbito de la Administración de Justicia, es el descrito en las anteriores publicaciones reproducidas en nota, siendo como es lógico la versión actual la contenida en el artículo más reciente (3) , artículo este que resume las críticas a la LOPJ (LA LEY 1694/1985) y a la jurisprudencia del TS en esta materia, particularmente las resoluciones de la Sala 3.ª de lo contencioso-administrativo, críticas que esquemáticamente son las siguientes:

- 1.ª** Indefinición legal de lo que deba entenderse por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y por error judicial, que los convierte en conceptos jurídicos indeterminados.
- 2.ª** Interpretación restrictiva de estos conceptos jurídicos difusos por parte de la jurisprudencia, dejando sin cobertura indemnizatoria multitud de daños y perjuicios sufridos por los ciudadanos, derivados del normal o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.
- 3.ª** Especial perversión del concepto genérico de error judicial, que estando formulado en el art. 121 CE (LA LEY 2500/1978) como un modo de normal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales al contrastarse en régimen alternativo con el «anormal funcionamiento», la jurisprudencia le ha convertido en una modalidad más de este funcionamiento anormal, liberando al Estado de indemnizar los daños y perjuicios materiales y morales causados por el funcionamiento no anormal de la Administración de Justicia.
- 4.ª** Exclusión en consecuencia del concepto de error judicial de todos los supuestos calificables como tales —equivocaciones— en el ámbito de la normalidad de los órganos jurisdiccionales. Concretamente, las resoluciones judiciales acordando el sobreseimiento o la absolución, que CARNELUTTI considera un claro error judicial (4) y que, por ejemplo en Alemania, se declaran tales supuestos expresamente indemnizables como errores judiciales, indemnización consistente, al menos, en el pago de las costas (5) .
- 5.ª** Especial mención merece la indemnización de los indiscutibles daños y perjuicios derivados de la prisión preventiva padecida por luego sobreseídos y absueltos, pues el art. 294 LOPJ (LA LEY 1694/1985) limita los supuestos indemnizables a aquellos en los que la ausencia de condena se haya debido a la «inexistencia del hecho», entendiendo por «hecho» el ontológico y no el jurídico, limitación incompatible en el ámbito de un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, solo admisible en tiempos de la Monarquía absoluta o de los Estados totalitarios, y en consecuencia alejado de lo dispuesto en otros países europeos. Para colmo, a partir del año 2010 (6) la jurisprudencia dejó de incluir en el concepto de «inexistencia del hecho» el llamado «hecho subjetivo», es decir, la probada no participación del preso preventivo en unos hechos que sí existieron. Sigue en cambio considerándose hecho inexistente, a estos efectos, la atipicidad penal de conductas sí existentes en la realidad, inclusión loable pero incongruente

con una configuración exclusivamente ontológica o factual del hecho.

## II. INEXISTENCIA DEL HECHO ONTOLÓGICO Y DEL HECHO JURÍDICO

### 1. Posibles significados del término «hecho»

El mencionado art. 294 LOPJ (LA LEY 1694/1985) se refiere a la «inexistencia del hecho», y por «hecho» viene entendiendo la jurisprudencia el supuesto fáctico subsumible en un tipo penal, eligiendo la interpretación más contraria a los derechos de los ciudadanos y más desacorde con el debido comportamiento de un Estado social y democrático de Derecho. En realidad estamos ante un concepto jurídico indeterminado, pues el término «hecho» sin adjetivar es multívoco por no decir equívoco (7), si bien la acepción de la RAE más acorde con el contexto es la cuarta: «acción u obra», o si se prefiere, concretando esta acepción, «conducta» o «acción u omisión».

El legislador, posiblemente con ideas preconstitucionales restrictivas del significado del término, no adjetivó el sustantivo «hecho», por lo que esa conducta humana, ese acto u omisión o, en definitiva, ese hecho, admite tanto el adjetivo de «ontológico» —factual— como de «jurídico», y a su vez el «hecho jurídico», readjetivándolo, podría tener tanto un carácter «procesal» como «sustantivo». Adicionando a su vez estas adjetivaciones al término que lo completa, «inexistencia de», la ausencia del hecho ontológico significaría tanto el no acaecimiento en la realidad de esa conducta, bien de la conducta en sí («hecho objetivo» según la jurisprudencia), bien de la autoría o participación en dicha conducta de una persona determinada («inexistencia subjetiva», según la misma fuente). Aplicando el mismo análisis al hecho jurídico, la inexistencia del procesal se declararía a lo largo de un proceso penal existiera o no finalmente el hecho factual u ontológico, y su inexistencia devendría de la ausencia o insuficiente prueba en sentencia —absolución— o durante la instrucción por haberse desvanecido los indicios racionales de criminalidad iniciales —sobreseimiento—, inexistencia del hecho procesal o inexistencia procesal del hecho que, a su vez, podría referirse, como se acaba de ver respecto al hecho ontológico, tanto al objeto de imputación —el hecho en sí— cuanto a la autoría o participación del investigado o acusado; y en cuanto al hecho jurídico sustantivo, su inexistencia consistiría en la atipicidad del sustrato fáctico que se intentaba subsumir en el tipo penal incluido en la imputación.

### 2. Inclusión de estas acepciones en las definiciones legales de los sobreseimientos

Vinculando estas diversas acepciones a las distintas clases de sobreseimiento previstas en la LECrim., la inexistencia ontológica del hecho objetivo tendría su perfecto encaje en el número 1.º del art. 637 (LA LEY 1/1882) definidor de los sobreseimientos libres: «Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa». Y la inexistencia del hecho ontológico subjetivo —no hubo real autoría o participación del investigado o acusado en hechos que si acaecieron—, también tendría encaje en el mismo precepto, incluyendo a los sujetos en la configuración del hecho en sí, como una característica o circunstancia esencial e ineludible del mismo.

La inexistencia procesal del hecho objetivo tiene encaje en el art. 641.1º LECrim., regulador del sobreseimiento provisional

En cuanto a la inexistencia procesal del hecho objetivo, tiene su pleno encaje en el número 1.º del art. 641 LECrim. (LA LEY 1/1882), regulador del sobreseimiento provisional: «Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa», supuesto que como es sabido no equivale a un absolución definitiva como el sobreseimiento libre, sino provisional sin valor de cosa juzgada, aun cuando como luego se vera el TEDH los equipara al sobreseimiento libre en el contexto de la presunción de inocencia. Y la ausencia de pruebas respecto a

la autoría o participación —hecho procesal subjetivo— encajaría en el número 2.º del art. 641 LECrim (LA LEY 1/1882).: «Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores (8) ».

Pasando a la inexistencia del hecho jurídico sustantivo, del hecho objetivo da exacta cuenta el número 2.º del art. 647 (LA LEY 1/1882), declarando procedente el sobreseimiento libre «cuando el hecho no sea constitutivo de delito». Y en cuanto al hecho jurídico sustantivo subjetivo, además del supuesto general incluíble en este mismo precepto, también se considera pertinente dicho sobreseimiento libre (art. 637-3.º (LA LEY 1/1882)) «cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores» (9).

### 3. Hechos inexistentes merecedores de indemnización por prisión preventiva indebida

La Sala 3.<sup>a</sup> del TS viene incluyendo, en los supuestos merecedores de indemnización por prisión preventiva padecida por sobreseídos y absueltos, por una parte la «evaporación» o desaparición del hecho que la motivó (art. 637-1.º LECrim. (LA LEY 1/1882)) y, por otra, la declaración de atipicidad del hecho cuya existencia se ha confirmado en el procedimiento, generadora de un sobreseimiento libre (art. 637-2.º LECrim (LA LEY 1/1882).) o de una sentencia absolutoria. El reconocimiento de la inexistencia del hecho en este segundo supuesto —atipicidad del hecho ontológicamente existente— supone ya una excepción a la doctrina jurisprudencial que reduce el concepto de hecho a su versión factual, pues en realidad se trata como se ha visto de una «inexistencia jurídica sustantiva», excepción que como luego se verá debería convertirse en regla general, pero que en todo caso supone una incoherencia interna en la doctrina del TS en esta materia (10) . Y, en fin, hasta el año 2010, como se ha dicho, también se incluyó como supuesto indemnizatorio la «inexistencia del hecho subjetivo», esto es, la ausencia ontológica de intervención del investigado o acusado en hechos sí existentes.

Obvio es que *de lege ferenda* se podría generalizar el derecho a una indemnización por daños y perjuicios a todo ciudadano absuelto o sobreseído que haya sufrido prisión preventiva, y es de esperar que finalmente «el legislador se eche en brazos de la lógica» (con más éxito que el deseo formulado por ALONSO MARTÍNEZ al mostrar tal esperanza en 1882 (11) , deseo que aun no se ha cumplido) y dé ese paso, pero entretanto ¿sería posible una solución *de lege data*, esto es, interpretativa?

Para ampliar por vía interpretativa este concepto —inexistencia del hecho— cabría plantear la hipótesis de que el «hecho» no tuviera necesariamente un carácter ontológico o factual sino también jurídico, «hecho jurídico» bien de naturaleza «procesal», bien «sustantiva», supuesto este último ya admitido por la Sala 3.<sup>a</sup> TS como ya se ha visto. El jurídico procesal sería su inexistencia por insuficiente prueba en sentencia —absolución— o durante la instrucción por haberse desvanecido los indicios racionales de criminalidad iniciales —sobreseimiento—, inexistencia del hecho procesal o inexistencia procesal del hecho que, a su vez, podría referirse al objeto de imputación —el hecho en sí— o a la autoría o participación del investigado o acusado, modalidad esta que se viene denominando por la jurisprudencia «hecho subjetivo».

### III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU INFLUENCIA EN ESTOS ÁMBITOS

En la dinámica de existencia-inexistencia del hecho y de la presencia-ausencia de los sujetos activos del mismo, y tanto en su vertiente ontológica como jurídica, tercia el derecho a la presunción de inocencia consagrado como fundamental en el art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978) (12) . Este derecho rige con distinta intensidad en el devenir del proceso y debería tener también vigencia en el ámbito extraprocesal, particularmente en relación con la actividad informativa de los medios de comunicación en relación con dichos procesos, pero en el contexto de este trabajo nos interesa sólo su trascendencia real e hipotética en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado Juez, aprovechando lo manifestado en la STC ahora comentada.

En esencia este derecho significa que nadie puede ser considerado culpable de haber cometido un delito hasta que así lo declare una sentencia firme, y esta presunción de inocencia es uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y procesal (SSTC 138/1992 de 13 de octubre (LA LEY 1995-TC/1992) y 133/1995 de 25 de septiembre (LA LEY 2597-TC/1995), entre otras), protegiendo al ciudadano frente a toda reacción sancionadora injustificada, es decir, sin pruebas suficientes para acreditar la existencia del hecho delictivo y de la participación en el mismo del acusado, pruebas cuya aportación corresponde a las acusaciones que son las que deben soportar dicha carga (SSTC 105/1988 de 8 de junio (LA LEY 3676-JF/0000), 124/2001 de 4 de junio (LA LEY 6089/2001), 141/2006 de 8 de mayo (LA LEY 60257/2006), 201/2012 de 12 de noviembre (LA LEY 172768/2012) y 112/2015 de 8 de junio (LA LEY 70763/2015), entre otras muchas).

La pruebas suficientes, válidas y de lícita obtención deben eliminar cualquier duda sobre la existencia del hecho delictivo

La pruebas suficientes, válidas y de lícita obtención, adecuadamente valoradas por el órgano enjuiciante para que se dicte una sentencia condenatoria, han de eliminar cualquier duda sobre la existencia del hecho delictivo o la participación en el mismo del acusado, pues de lo contrario la presunción *iuris tantum* de inocencia no será quebrantada, al regir el principio *in dubio pro reo*. A los efectos de este trabajo lo que interesa descifrar es hasta qué punto puede diferenciarse la inexistencia ontológica del hecho, objetivo y subjetivo, de la inexistencia procesal de los mismos

supuestos por falta de prueba.

En este contexto de la presunción de inocencia debe ampliarse el esquema de la posible inexistencia de hechos ontológico y jurídicos objetivos y subjetivos, cuando además en las descripciones de los tipos penales existen tanto elementos objetivos como subjetivos, surgiendo la duda de si la ausencia de un elemento subjetivo —dolo o imprudencia, en definitiva— supone una inexistencia objetiva o subjetiva particularmente en el ámbito procesal, pues el hecho externo puede existir suficientemente acreditado pero carecer de tal cualidad el interno o relativo al grado de conocimiento, voluntad o falta de cuidado del sujeto activo, y en tales supuestos ¿sería objetiva o subjetiva la inexistencia?, con otras palabras, ¿no existiría el hecho objetivo procesal o, existiendo éste, el inexistente sería el subjetivo, la autoría o participación en el mismo?, o en fin, ¿en el ámbito procesal no es posible dissociar totalmente ambas realidades por resultar inseparablemente conexas?. Esta última hipótesis nace de la equívocidad del adjetivo «subjetivo», que se puede aplicar tanto los elementos así adjetivados del tipo como, en este contexto de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por prisión preventiva sin posterior condena, a la inexistencia de intervención de la persona en los hechos.

Partiendo del ejemplo de un homicidio fortuito, en el que el elemento objetivo del tipo existe —uno ha matado a otro— pero no el subjetivo, parece que claro que la inexistencia procesal del hecho afecta en primer lugar al tipo penal (no existe el delito de homicidio) y en segundo término al sujeto activo (no es autor responsable de dicho delito por ausencia de dolo o culpa). Caso distinto sería que el la inexistencia de prueba se centrara en la cuestión previa de si había sido o no autor material o partícipe en esos hechos, en cuyo caso la inexistencia del hecho subjetivo tendría más que ver con la acepción del adjetivo en este ámbito de la responsabilidad patrimonial por error judicial específico, que con la más común en la teoría general del delito.

Pues bien, se trata de ver hasta qué punto influye o debe influir el derecho a la presunción de inocencia, cuando no ha sido quebrantado por prueba suficiente, en relación con todos estos supuestos relativos a la «inexistencia del hecho» que el art. 294 LOPJ (LA LEY 1694/1985) establece como supuesto único de posible reclamación al Estado Juez de indemnización por daños y perjuicios derivados de la prisión preventiva. Pero antes es relevante analizar la STC 8/2017 (LA LEY 183/2017) como paso adelante, aunque corto, favorable a una extensión del ámbito indemnizatorio por la vía interpretativa, sin esperar a la definitiva y deseable solución *de lege ferenda*.

#### **IV. VIRTUALIDADES DE LA STC 8/2017 DE 19 DE ENERO**

##### **1. Expreso reconocimiento de la jurisprudencia del TEDH**

###### **A. Prolongación de la vigencia de la presunción de inocencia**

La STC ahora comentada recuerda que no tiene como objeto el derecho a la indemnización en sí que reconoce el art. 121 CE (LA LEY 2500/1978) pues, en contraste con lo que acaece en otros países como Italia, tal derecho no tiene el rango de derecho fundamental. Sin embargo, como sí afecta al derecho a la presunción de inocencia (13), el tema planteado en el recurso tiene trascendencia constitucional y además con el rango de «especial» «porque el recurso se refiere a una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina de este Tribunal Constitucional [STC 155/2009 (LA LEY 99408/2009), FJ 2.<sup>ª</sup>], como es la eficacia del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978)) en los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos seguidos por responsabilidad del Estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [SSTEDH de 25 de abril de 2006 (LA LEY 70037/2006) (asunto *Puig Panella c. España*), de 13 de julio de 2010 (LA LEY 134084/2010) (asunto *Tendam c. España*) y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados *Vieeland Boddy y Marcelon Lanni c. España*)]». (14)

Estas tres sentencias del TEDH merecen un análisis pues todas ellas condenan a España por violación del art. 6.2 CEDH (LA LEY 16/1950), que declara como derecho contenido en el Convenio la presunción de inocencia: «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida», vigente también en supuestos de reconocimiento de su inocencia vinculados a procedimientos de responsabilidad patrimonial del Estado Juez, latiendo en todas ellas el rechazo a la exigencia del art. 294 LOPJ (LA LEY 1694/1985), que viene a imponer la carga de la prueba de su inocencia al investigado, encausado o acusado, bien acreditando la inexistencia del hecho objetivo, bien del hecho subjetivo, aunque hoy por hoy esta modalidad haya desaparecido desde 2010 por obra y gracia de la jurisprudencia de la Sala 3.<sup>ª</sup> del TS.

Las cuestiones principales que laten en estas sentencias del TEDH son dos: la primera es la prolongación de la

vigencia del derecho a la presunción de inocencia más allá del sobreseimiento o de la absolución, en procedimientos contencioso-administrativos que sean corolario o complemento del penal (concretamente de solicitud de indemnización por daños y perjuicio en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez), y la segunda, hasta qué punto se debe distinguir «inexistencia del hecho» —objetivo o subjetivo— de ausencia de pruebas de cargo suficientes para declarar la culpabilidad, si la distinción supone imponer al acusado la carga de la prueba de su inocencia.

Respecto a la primera cuestión, estas sentencias insisten en que «el ámbito de aplicación del art. 6.2 del Convenio (LA LEY 16/1950) no se limita a los procedimientos penales que estén pendientes, sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado...en la medida en que las cuestiones planteadas en estos últimos procedimientos penales constituyan un corolario y un complemento de los procedimientos penales afectados en los que el demandante tuviera la condición "de acusado"». (15)

### **B. Conculcación del derecho a la presunción de inocencia**

No entra el TEDH a pronunciarse sobre si procede o no la indemnización. Limita su declaración a argumentar porque se ha conculcado el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes, llegando a decir que «ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una sentencia absolutoria por falta de pruebas y una sentencia absolutoria resultante de la constatación de la inocencia de una persona no ofreciendo ninguna duda» (asuntos Tendam); «se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que éste es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente...no puede admitirse que se siembren sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución que haya adquirido carácter de firmeza...la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto a las causas de absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia» (asunto Vlieeland Bddy y Marcelo Lanni), y sigue diciendo esta sentencia: «no se puede exigir al demandante, en el momento en el que reclama una indemnización por el anormal funcionamiento de la justicia, que demuestre su inocencia y, por otra parte, que no le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, competente en la concesión de la indemnización que se reclama, concluir que el demandante es eventualmente culpable, conclusión a la que no ha podido llegar el Juzgado de lo penal por falta de pruebas».

### **C. Equiparación del sobreseimiento provisional al libre**

En esta misma sentencia el TEDH elimina, a estos efectos, el carácter provisional o libre del sobreseimiento, a la hora de equipararlos a una sentencia absolutoria. «El TEDH señala que el carácter provisional del sobreseimiento dictado en el presente caso no puede ser determinante...hay que reseñar que al término de la Instrucción en procedimientos como el de este asunto, en caso de inexistencia de motivos suficientes para acusar a una persona de la comisión de un delito, sólo se puede pronunciar un sobreseimiento provisional, en la medida en que los motivos para ordenar un sobreseimiento libre están estrictamente establecidos en la ley...Además, el demandante no podría recurrir la declaración de no culpabilidad adoptada a su favor ni solicitar que se transformara esta declaración en un sobreseimiento firme, por estar abocado al fracaso, al no ser de aplicación en este caso las causas fijadas en el art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) en esta fase de instrucción».

## **2. Panorama que se abre tras la sentencia del TC**

La STC 8/2017 (LA LEY 183/2017) viene a hacer suyas las precedentes declaraciones de las sentencias citadas del TEDH y no sólo por remisión pues reproduce su doctrina. En primer lugar la prolongación de la vigencia de la presunción de inocencia a los procedimientos posteriores al sobreseimiento o absolución del acusado, y en segundo término, la equiparación «entre la absolución por haber resultado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación», pues si se distinguen «sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante». Y concluye la sentencia que «con arreglo a esta doctrina, la decisión judicial recurrida...refleja la sensación de que sí hubo conducta delictiva cometida por el recurrente», declarando en consecuencia «la necesidad de la retroacción de actuaciones al momento de dictarse la sentencia por el Tribunal Supremo para que se resuelva nuevamente la cuestión planteada, sin introducir dudas sobre la culpabilidad del recurrente y su derecho a la presunción de inocencia».

¿Tendrá alguna consecuencia inmediata esta declaración de nulidad de la sentencia de la Sala 3.ª del TS, en el sentido de obligar al cambiar el fallo de la anulada reconociendo la «inexistencia del hecho»? , desde un punto de

vista puramente formal parece fácil dictar otra sentencia obviando la introducción de «dudas sobre la culpabilidad del recurrente» y diciendo simplemente que el hecho existió aun cuando no se haya condenado al recurrente, incumpléndose así el tan repetido requisito de aplicación del art. 294 LOPJ (LA LEY 1694/1985), pero si se profundiza en la doctrina del TEDH reafirmada por el TC en la sentencia comentada, el panorama esperanzador que se abre es el contrario.

Una aplicación de esta doctrina tendría que llevar al TS a reinterpretar el precepto regulador de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por el error específico de acordar una prisión preventiva que, finalmente, se declaró injustificada al no ser absorbida por una posterior pena privativa de libertad, pues si no se puede distinguir, sin conculcar el derecho a la presunción de inocencia, entre absolución o sobreseimiento por inexistencia de pruebas de la acordada por demostración de la ausencia del hecho o de la participación del acusado en un hecho ontológicamente existente, habrá que concluir que la inexistencia del hecho ontológico es equivalente a la inexistencia del hecho procesal. Y es más, también habría que admitir que el hecho procesal inexistente tanto abarca la del hecho en sí como el de la participación en el mismo del acusado, pues hecho y sujeto del hecho son entidades inseparables en el ámbito de un proceso a la hora de condenar o absolver a un acusado.

Esta reinterpretación conseguiría que la presunción de inocencia y la tutela judicial fueran «reales y efectivas» en su vigencia (art. 9.2 CE (LA LEY 2500/1978)), pues si ambas persisten en las fases posteriores al sobreseimiento o absolución, cual es la relativa reparación de los daños y perjuicios generados por error judicial, carece de sentido pretender que un ciudadano, que se haya visto privado de libertad sin justificación posterior, tenga que sacrificarse sin recibir la justa reparación del Estado Juez, cuando la vigente Constitución configura a dicho Estado como «de Derecho», con la «libertad y la justicia» como «valores superiores del ordenamiento jurídico» (art. 1 CE (LA LEY 2500/1978)), es decir, cuando se aleja tal configuración de los estados conformados como monarquías absolutas o como totalitarios, en los que las personas eran súbditos al servicio de la patria encarnada en el rey o subordinados al «instrumento totalitario al servicio de la Patria», como se nos decía en el bachillerato de los años 50 del siglo pasado, en la asignatura denominada Formación del Espíritu Nacional, reproduciendo el punto 6 programático de FE y de las JONS.

## V. CONCLUSIONES

Resumiendo a modo de conclusión lo expuesto *ut supra*, se formulan las siguientes conclusiones:

- 1.<sup>a</sup>** La responsabilidad patrimonial del Estado Juez urge extenderla a todos los supuestos de causación injustificada de daños y perjuicios, por el normal o anormal funcionamiento del servicio público Administración de Justicia, para que por fin culmine su evolución histórica desde un Estado regido por una monarquía absoluta y luego de carácter totalitario, hasta el Estado social y democrático de Derecho.
- 2.<sup>a</sup>** Centrando el problema en la indemnización de daños y perjuicios derivados del padecimiento de prisiones preventivas seguidas de sobreseimiento o absolución, hay que extenderlas a todos los supuestos sin las discriminaciones injustificadas actuales.
- 3.<sup>a</sup>** Esta ampliación debe realizarse por vía legislativa, para evitar las torcidas interpretaciones que en la actualidad se padecen.
- 4.<sup>a</sup>** Pero también por vía interpretativa podría cambiarse el rumbo de la actual jurisprudencia, considerando que el «hecho» al que se refiere el art. 294 LOPJ (LA LEY 1694/1985) es el jurídico procesal y no sólo el ontológico, equiparando la inexistencia fáctica del hecho a la inexistencia jurídica, por exigencia de la aplicación plena, real y efectiva, del derecho a la presunción de inocencia. El propio TS viene optando por la inexistencia jurídica sustantiva del hecho, cuando reconoce el derecho a la indemnización del sobreseído o absuelto por atipicidad de su conducta, por lo que sólo tendría que extender la reinterpretación proclamada al ámbito del hecho jurídico procesal.
- 5.<sup>a</sup>** Y, en fin, si el legislador y los tribunales se resisten a remediar tan triste situación, esta STC 8/2017 (LA LEY 183/2017) puede ser un paso más para que el TC, fundándose en el derecho fundamental a la presunción de inocencia llevado a sus últimas consecuencias, exija una interpretación acorde con la Constitución o, si lo prefiriera, se plantee una autocuestión de inconstitucionalidad emplazando al Gobierno para que modifique la LOPJ (LA LEY 1694/1985), incluyendo el derecho a una indemnización de todos los daños y perjuicios generados por el normal o anormal funcionamiento de la Justicia.

- (1) El autor de estas líneas ha publicado en ESTA REVISTA una serie de artículos describiendo esta lamentable situación, «La irresponsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El Ancien Régime aun persiste en el siglo XXI», 11 de abril 2012; «Irresponsabilidad patrimonial del Estado juzgador. Anacronismos absolutistas o totalitarios a erradicar», 21 de noviembre de 2013, y «"Malversaciones" endémicas en la justicia penal. Necesaria "civilización de las condena en costas y de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez"», 21 de febrero de 2014. Y más recientemente en Teoría y Realidad Constitucional, «Apariencia y realidad en la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez (Limitada vigencia del art. 121 CE)».
- (2) Esta sentencia cuenta con un voto particular del magistrado González Rivas, que considera no debería haberse concedido el amparo al demandante, pues la doctrina del TEDH no es tan rotunda al respecto como pretende esta sentencia emitida por el Pleno del Tribunal, pero a los efectos de este comentario no supone al interpretación tan minoritaria.
- (3) 1. Responsabilidad subsidiaria, por los delitos cometidos por funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, en el ejercicio de sus cargos (arts. 405 y ss. LOPJ (LA LEY 1694/1985), 60 EOMF (LA LEY 2938/1981)
- (4) Y 121 CP (LA LEY 3996/1995)).- 2. Responsabilidad directa: 2.1. Por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia: 2.1.1. En general (arts. 292.1 (LA LEY 1694/1985), 293.2 (LA LEY 1694/1985), 295 (LA LEY 1694/1985) y 297 LOPJ (LA LEY 1694/1985)).- 2.1.2. Por los daños causados por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, a través de la declaración de responsabilidad de la Administración por error judicial o anormal funcionamiento, pudiendo lego repetir al infractor el importe de la indemnización, en los términos que luego se comentan (arts. 296 LOPJ (LA LEY 1694/1985), modificado por la LO 7/2015 de 21 de julio (LA LEY 12048/2015)).- 2.2. Por error judicial: 2.2.1. Por error judicial genérico (arts. 292.1 (LA LEY 1694/1985), 293 (LA LEY 1694/1985), 295 (LA LEY 1694/1985) y 297 LOPJ (LA LEY 1694/1985)).- 2.2.2. Por errores judiciales específicos: 2.2.2.1. Prisión provisional del luego absuelto o sobreseído, por «inexistencia del hecho» (arts. 294 LOPJ (LA LEY 1694/1985), 9.5 PIDCP (LA LEY 129/1966)
- (5) Y 5.5 CEDH (LA LEY 16/1950)).- 2.2.2.2. Recurso de revisión de sentencias firmes tornando la condenatoria en absolutoria (arts. 954 a (LA LEY 1/1882)961 LECrim. (LA LEY 1/1882) y 14.6 PIDCP (LA LEY 129/1966)
- (6) CARNELUTTI, T., Las miserias del proceso penal, Temis, Madrid 2005.
- (7) Parágrafos 467 y 467a del CPP alemán —StPO— y parágrafos 2, I y II, y 3 de la Ley sobre la indemnización por medidas adoptadas en persecución penal —StrEG—.
- (8) Como consecuencia de la sentencia del TEDH de 13 de julio de 2010 (LA LEY 134084/2010) (asunto Tendam c. España), la Sala 3.ª TS cambió el rumbo «generoso» de equiparar a la inexistencia del hecho objetivo a la del subjetivo (inexistencia de autoría o participación), y dejó de considerar indemnizables estos supuestos, hipócritamente reenviándolos al ámbito del error judicial genérico/anormal funcionamiento, sabiendo que no tienen encaje en las configuraciones jurisprudenciales de tales instituciones.
- (9) Según el diccionario de la RAE: 1. Acabado, maduro. 2. Semejante. 3. Dicho de una persona: formada o constituida. 4. Acción u obra. 5. Cosa que sucede. 6. Asunto o materia de que se trata. Y «hecho jurídico» que tiene consecuencias jurídicas; «hecho probado», hecho que como tal se declara en las sentencias. Se omiten otras versiones por irrelevantes a estos efectos.
- (10) La LECrim. (LA LEY 1/1882) es de 1882 y en aquel entonces, hasta el CP de 1995 (LA LEY 3996/1995), el encubrimiento fue una forma de participación post delictum, pasando desde entonces a ser un delito contra la administración de justicia.
- (11) Ver la nota precedente.
- (12) STS, Sala 3.ª de 20 de octubre de 2010.
- (13) Exposición de motivos de la LECrim. de 1882 (LA LEY 1/1882).
- (14) También consagrado en los arts. 11.1 DUDH (LA LEY 22/1948), 14.2 PIDCP (LA LEY 129/1966), 6.2. CEDH (LA LEY 16/1950) y 48.1 DFUE. Sobre este derecho fundamental, en su vertiente práctica, puede verse RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., en Litigación penal. Visión sistemática y actual del proceso, VVAA (el citado y DÍEZ RIAZA, S. como coordinadores), BOSCH/WALTERS KLUGER, Madrid 2017, págs. 773-782.
- (15) El TC considera que no se deben admitir los dos motivos restantes, fundados en los arts. 17 (LA LEY 2500/1978) —derecho a la libertad— y 25 (LA LEY 2500/1978)—principio de legalidad penal—.